

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Analyse de la discrimination à l'embauche

Van der Plancke, Véronique; Ghirardello, A.

*Published in:*

L'économie des conventions, méthodes et résultats

*Publication date:*

2006

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Van der Plancke, V & Ghirardello, A 2006, Analyse de la discrimination à l'embauche: pluraliser les actions positives pour réviser les conventions. Dans *L'économie des conventions, méthodes et résultats* . VOL. 2, Recherches, La Découverte, Paris, p. 177-240.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

- BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È. (1999), *Le Nouvel Esprit du capitalisme*, Gallimard, Paris.
- BESSY C. et EYMARD-DUVERNAY F. (1995), *Les Intermédiaires du marché du travail*, CEE-PUF, Paris.
- BREVIOLIERI M. (2005), « Bienfaits et méfaits de la proximité dans le travail social », in ION J. (dir.), *Le Travail social en débat[s]*, La Découverte, Paris.
- BREVIOLIERI M. et STAVO-DEBAUGE J. (1999), « Le geste pragmatique de la sociologie française », *Antropologica*, 7.
- BREVIOLIERI M., PATTARONI L. et STAVO-DEBAUGE J. (2003), « Quelques effets de l'idée de proximité sur la conduite et le devenir du travail social », *Revue suisse de sociologie*, 29 (1).
- DODIER N. (1991), « Agir dans plusieurs mondes », *Critique*, p. 529-530.
- EYMARD-DUVERNAY F. et MARCHAL E. (1997), *Façons de recruter*, Métailié, Paris.
- GOFFMAN E. (1973), *La Mise en scène de la vie quotidienne*. 2 vol., Minuit, Paris.
- JOSEPH I. (1998), *Erving Goffman et la microsociologie*, PUF, Paris.
- LIVET P. (1993), « Théorie de l'action et conventions », in LADRIÈRE P. et al. (dir.), *La Théorie de l'action. Le sujet pratique en débat*, Éditions CNRS, Paris.
- PATTARONI P. (2005a), « Politiques de la responsabilité. Promesses et limites d'un monde fondé sur l'autonomie », thèse de doctorat, EHESS et Université de Genève.
- (2005b), « Le care est-il institutionnalisable ? Quand la "politique du care" émolosse son éthique », *Raisons pratiques*, n° 16.
- QUÉRÉ L. (1993), « A-t-on vraiment besoin de la notion de convention ? », *Réseaux*, 62.
- RICŒUR P. (1991), *Temps et récit*, 3 vol., Seuil, Paris.
- (2001), *Le Juste II*, Esprit, Paris.
- (2004), *Parcours de la reconnaissance*, Plon, Paris.
- STAVO-DEBAUGE J. (à paraître), « Aux seuils de l'"intégration" et en butte aux "discriminations". Apprêter et soutenir une volonté, le parrainage à l'emploi », in THÉVENOT L. (dir.), *Politiques au regard du proche*.
- THÉVENOT L. (1994), « Le régime de familiarité. Des choses en personnes », *Genèses*, 17.
- THÉVENOT L. (2005), « Biens et réalités de la vie en société. Dispositions et compositions d'engagements pluriels », in BREVIOLIERI M., LAFAYE C. et TROM D. (dir.), *Sens de la justice, sens de la critique*, Economica, Paris.

## Analyse de la discrimination à l'embauche.

### Pluraliser les actions positives pour réviser les conventions

Ariane Ghirardello et Véronique van der Plancke

Des personnes appartenant à des groupes traditionnellement vulnérables — telles les femmes, les personnes d'origine étrangère ou handicapées, etc. — affrontent des situations de précarité sur le marché du travail. Cette marginalisation est imputable à des mécanismes macrosociaux et économiques (déqualification, segmentation du marché du travail, etc.) mais également à des actions individuelles d'essence discriminatoire.

Pourtant, si l'on en croit les principaux résultats fournis par la théorie économique standard, ces comportements « n'ont pas lieu d'être ». La discrimination, définie comme un écart de traitement par rapport à la productivité, est jugée irrationnelle puisqu'elle conduit l'entreprise à abandonner la maximisation de son profit. Qu'elle soit analysée en termes de goûts (racistes, sexistes, homophobes...) — coûteux — [Becker, 1957] ou de croyances — erronées — [Phelps, 1973 ; Arrow, 1973], elle est vouée à disparaître à long terme par le libre jeu du marché.

C'est donc au-delà des frontières de l'*analyse économique standard* que doivent se forger les bases d'une réflexion permettant de prendre en compte le fait empirique selon lequel la discrimination, profondément enracinée dans le comportement et la structure sociétale, s'autoperpétue impunément par la dynamique spontanée des relations de marchés.

Notre objectif est d'analyser la pérennité des comportements discriminatoires à travers le concept de convention. La lutte contre des « conventions excluantes » devient alors un problème résolument complexe. Il nous semble qu'elle suppose, outre un renforcement du pouvoir législatif, une pluralisation d'actions positives dans l'emploi ; en pariant que la réflexivité qu'elles induiront chez les recruteurs impulsera un processus de révision des conventions discriminatoires.

## LA DISCRIMINATION : UN COMPORTEMENT CONVENTIONNEL ?

Contrairement aux prétentions de l'analyse économique standard, la notion de productivité, supposée définir le cadre d'une évaluation juste, n'est pas un élément donné, parfaitement formalisable et transférable, qu'un recruteur habile serait capable de mesurer en toute objectivité. Le « bon » candidat n'a pas de réalité en soi, la définition de sa valeur est fondamentalement conventionnelle. Ce qui ne signifie toutefois pas que la compétence serait conventionnelle de part en part ; il y a une réalité qui existe indépendamment du jugement [Merchiers, 2000], mais la mesure de cette dernière s'opère à travers la mobilisation de conventions. Qualifier la discrimination de conventionnelle permet de comprendre la permanence du phénomène mais aussi d'attester son illégitimité. Son éradication ne peut dès lors plus être abandonnée aux forces, supposées naturelles et infaillibles, du marché.

*Les fondements conventionnels de la discrimination : de la règle à l'interprétation*

Le terme de convention est par nature polysémique. Selon Lewis [1969], il désigne avant tout des moyens arbitraires sélectionnés par les agents pour adopter de « petites » décisions qui découlent de problèmes ordinaires, tels celui de la coupure téléphonique (qui doit rappeler l'autre ?) ou du sens de l'écriture<sup>1</sup>. Pour la théorie des jeux, la convention est un équilibre de Nash d'un jeu qui en compte plusieurs. Cette approche — en particulier très récemment celle proposée par la théorie des jeux évolutionnistes — fournit un appui utile pour comprendre la question de la discrimination et en particulier sa persistance. Mais les lacunes auxquelles elle se confronte [Ghirardello, 2003] nous conduisent toutefois à lui préférer le sens défini par l'économie des conventions (EC). La convention s'entend alors comme un type particulier de règle — convention<sub>2</sub> —, mais aussi comme un principe commun à toutes les règles qui permet d'interpréter la règle — convention<sub>1</sub> — [Favereau, 1986]. La discrimination relèverait non seulement d'une règle conventionnelle mais également d'un modèle d'évaluation conventionnel. Examinons ces deux aspects.

1. La pratique discriminatoire revêt les traits d'une règle conventionnelle qui, malgré son caractère arbitraire et sa formulation vague, permet de « bloquer l'indécidabilité » — selon l'expression consacrée de Favereau [1999] — sur laquelle buterait le recruteur trop soucieux d'évaluer avec justesse les candidats qui se présentent à lui. Eymard-Duvernay et Marchal [1997, p. 77], dans leur analyse relative aux « façons de recruter », rapportent ainsi que « [l]es critères activés en priorité ne sont pas nécessairement les plus importants, mais ceux qui permet-

1. Rappelons néanmoins que Lewis a développé la notion de convention pour résoudre un problème beaucoup plus ambitieux lié à la question de l'émergence du langage.

tent de procéder de façon économique à la sélection. Le sexe, l'âge et la localisation géographique font de façon quasi automatique un premier tri. [...] Ces critères relèvent le plus souvent de pratiques condamnées par le droit comme discriminatoires, et ceci n'est pas un hasard. Non que le recruteur ait une volonté active de discrimination. Mais les caractéristiques discriminatoires permettent de sélectionner des candidats de façon très économique ».

La compétence d'un futur travailleur n'étant pas *a priori* mesurable, l'employeur met en mouvement un processus cognitif destiné à faire face aux incertitudes radicales qui caractérisent la conclusion d'un contrat de travail et son exécution satisfaisante. N'ayant que peu d'information lui permettant d'évaluer la compétence, le recruteur va, par exemple, s'appuyer sur les informations contenues en « haut du CV » telle la photographie. Ce critère d'évaluation s'apparente à une règle conventionnelle. Elle est arbitraire (dans de nombreux pays, la photographie ne figure pas sur le CV) et son efficacité n'est pas garantie (la photographie ne semble pas être un indice particulièrement adéquat de la compétence). Néanmoins, parce qu'elle permet une sélection rapide, sur la base de critères largement admis, cette utilisation est efficace bien que dépourvue de lien direct avec le mérite supposé des candidats.

Le recours au réseau est, dans la même perspective, une règle de recrutement conventionnelle largement répandue. Elle permet une sélection efficace des candidats car elle fournit à l'entreprise des candidats de confiance, recommandables puisque recommandés. Néanmoins, l'embauche réticulaire peut s'avérer discriminatoire en défavorisant les candidats « déliés », les plus « éloignés » de l'emploi ; pour ceux dont les ascendants avaient intégré le marché primaire du travail, il est à l'évidence plus aisé de s'y insérer à leur tour, aidés par la réputation de leurs prédécesseurs [Doeringer et Piore, 1971]. D'autres études soulignent en revanche la relative faiblesse des « réseaux ethniques », largement imputable au fait que les jeunes d'origine étrangère rejettent la trajectoire de leurs aînés qui n'occupaient, pour la plupart, que des emplois précaires et sans avenir économique [Bourmmani, 2001].

En définitive, le recruteur va choisir de se conformer à des pratiques conventionnelles communément admises, même si, le cas échéant, il peut les désapprouver. Et se faisant, il va favoriser, par souci rationnel d'efficacité, le maintien de discriminations devenues système. La perspective est renversée. La discrimination n'est plus ce comportement marginal empreint de *préjugés* « économiquement irrationnels », qui éloigneraient son auteur de la connaissance de la productivité. Elle devient un *préjugement* répandu, aisé à mobiliser, pour sélectionner, à bref délai, un candidat parmi d'autres.

2. Accoler les notions de discrimination et de convention permet également de capter le rôle joué par les représentations, tant individuelles que collectives. L'EC dote en effet les individus d'une rationalité interprétative, ce qui suppose que les agents évaluent chaque situation en fonction d'un contexte particulier. La discri-

mination ne résulterait pas seulement des règles adoptées mais également des représentations qui guident les comportements individuels.

Or, les représentations conventionnelles peuvent véhiculer et reproduire les stéréotypes entravant l'accès à l'emploi de certaines catégories de population [Mannoni, 2003]. Appliquées au cas des relations interethniques, les catégorisations opérées peuvent aboutir à des attitudes discriminantes : « Les Français sont sales, les Italiens sont paresseux, les Juifs sont avares, les Polonais sont alcooliques... » L'étude réalisée dans le cadre du projet Equal [Bellera *et al.*, 2003] a permis d'appréhender en situation l'impact discriminatoire des représentations sexuées en soulignant que l'image de la femme « fragile et délicate » les empêche d'accéder à certains postes (« une femme sur un toit, moi ça ne me pose pas de problèmes, mais c'est un travail d'homme ! », « une femme bûcheron ? pas de problème, mais pas la mienne ! »...). À l'inverse, les femmes sont embauchées avant tout pour leurs qualités dites féminines : la patiente, la ténacité, la méticulosité, etc. (« elles sont plus minutieuses pour la cueillette et l'emballage »). Le même phénomène s'observe vis-à-vis des jeunes qui, parce qu'ils sont supposés instables, désorientés, se voient confier en priorité des emplois précaires et saisonniers et rarement des postes à responsabilité (« ils se font un peu d'argent de poche, ils savent qu'ils ne feront pas ça tout le temps », « les enfants, ils n'ont pas vu leurs parents travailler, ils ne savent pas ce que c'est la notion du travail »). Ainsi, les représentations adoptées par les agents peuvent véhiculer la discrimination en accordant une large part à des stéréotypes qui tendent à disqualifier *a priori* certaines franges de la population.

La convention — analysée en terme de représentation — est toujours fondamentalement arbitraire, mais l'arbitraire a changé de nature. Il ne désigne plus une indifférence entre plusieurs solutions (car les agents peuvent être attachés à leurs représentations) mais il renvoie à un arbitrage, toujours possible, entre différentes valeurs auxquelles les individus accordent ou non une priorité [Batifoulier, 2001].

La mise à jour de la dimension interprétative implique l'existence d'une pluralité de modèles d'évaluation conventionnels alternatifs. Chez Boltanski et Thévenot [1991], cette pluralité s'incarne par six ordres de grandeurs (marchand, civique, industriel, domestique, du renom, inspiré), auxquels Boltanski et Chiapello [1999] ajoutent un septième (par projet). Les agents sont donc confrontés à une pluralité de conceptions du bien incommensurables qu'ils adoptent ou qu'ils critiquent.

L'analyse conventionnaliste permet ainsi de capter la persistance du phénomène discriminatoire — ce que la théorie économique standard de la discrimination peine à faire — qui s'assoit largement sur des règles et/ou des représentations. Mais parce que l'EC dote l'analyse d'une vision normative exigeante, elle permet également d'appréhender l'illégitimité de ces pratiques. En particulier, les individus pourront, voire même devront, arbitrer contre des conventions injustes.

### *Contrainte de justification et vision normative : comment disqualifier les comportements discriminatoires ?*

Au-delà de ressources cognitives, l'économie des conventions dote les acteurs de « compétences de nature politique ». La convention permet certes d'établir la coordination entre les individus mais elle suppose également, et peut être même avant tout, un certain degré d'équité. « Les contraintes d'équité présentes dans chaque convention constituent des "forces de rappel" qui entretiennent la coopération à l'égard de tous, y compris des plus "petits". Par contre, lorsque ces contraintes sont levées, la coopération n'est maintenue qu'avec les catégories jugées les plus utiles au bien collectif, ce qui induit l'exclusion des autres » [Eymard-Duvernay, 2001, p. 280-281]. Qualifier de conventionnelles les pratiques discriminatoires nous autorise à les disqualifier du point de vue de la légitimité.

Dans ce cadre, lutter contre la discrimination suppose en particulier de ne pas opposer systématiquement une identification « pure » des compétences et une évaluation partielle, et partielle, de ces dernières qui serait teintée de « préjugés ». Elle exige au contraire que l'appréciation supposée « pure » des compétences soit considérée elle-même potentiellement suspecte puisque « inévitablement » inscrite dans des représentations discriminatoires. Ceci ne doit pas nous amener à considérer comme discriminatoire toutes les opérations de recrutement — en admettant *a contrario* que la seule règle de sélection « neutre » serait de tirer à pile ou face. Il convient davantage de réinterroger constamment la pluralité des principes d'évaluation au regard de l'exigence de justice dans la répartition du bien rare qu'est actuellement l'emploi. La réflexion autour de la problématique de la lutte contre la discrimination en ce domaine peut être inscrite dans une volonté plus large de démocratisation du marché du travail. Nous rejoignons les recommandations formulées par De Schutter [2001, p. 172] qui plaide en faveur d'« une tentative de permanente redéfinition des notions de "mérite", de "compétence" ou de "qualification", afin que ces notions tiennent compte davantage de la nécessité de ne pas exclure des personnes... qui n'ont pas eu les mêmes possibilités que d'autres d'acquérir les compétences institutionnellement validées ».

La compétence apparaît ainsi comme un objet construit et non une réalité naturelle, objectivable et incontestablement intrinsèque à celui qui en serait porteur. Symétriquement, la demande de travail, parce qu'elle s'appuie sur une compétence de nature conventionnelle, doit elle-même être considérée comme conventionnelle. Elle peut alors être déconstruite sans que soient d'emblée soulevées des protestations d'inefficience. Deux vecteurs, non exclusifs, peuvent alors être envisagés.

Le premier vise à développer un « jugement équilibré » sur le marché du travail, conformément à l'analyse entreprise par Eymard-Duvernay et Marchal [1997] qui étudient les « régimes d'action des recruteurs » ; chacun pouvant induire un risque discriminatoire. Ces derniers peuvent par exemple privilégier une convention de compétence « planifiée », la compétence du candidat étant

alors « découverte » à travers un test ou un diplôme. Mais les recruteurs peuvent également préférer « négocier » la compétence, par le recours aux réseaux ou aux dispositifs de face à face. L'idéal d'un jugement juste sur le marché du travail s'apparente ici à un jugement « équilibré » qui entretiendrait différentes façons de juger contradictoires : la pluralité des modes d'évaluation garantit ainsi une équité au jugement en bousculant les stigmatisations traditionnellement à l'œuvre.

Le deuxième pousse à évaluer chaque convention en fonction du respect d'une contrainte de justice qui s'impose aux individus. Ainsi, dans le modèle des Économies de la grandeur, la notion d'interprétation est autant mobilisée pour rendre compte d'opérations de qualification (lorsqu'il existe un conflit de représentation) que pour appliquer un principe de justice. L'action peut dès lors être validée en fonction de sa contribution à un « bien commun » [Salais, 1998]. La reconnaissance d'une pluralité des conceptions du bien incommensurables ne doit en effet pas rendre impossible un arbitrage en faveur du juste (notamment le respect de l'axiomatique qui est au cœur du modèle des « économies de la grandeur »).

La discrimination n'est pas un comportement neutre au regard de la légitimité et les agents peuvent (doivent) arbitrer contre un tel choix en envisageant un autre régime d'action que la forme de coordination sur laquelle ils prennent ordinairement appui. L'exigence d'une loi antidiscriminatoire s'impose ici naturellement.

#### L'INTERDICTION LÉGALE DE DISCRIMINER : LA RÉCOMPENSE — ILLUSOIRE — DES MÉRITES INDIVIDUELS

Appliqué au processus de recrutement, le droit de ne pas être discriminé consiste en la « faculté pour chacun, s'il existe des besoins de main-d'œuvre qu'il pourrait satisfaire, de ne pas voir son accès à l'emploi entravé par des considérations autres que celles tirées de ses aptitudes et des [spécificités] du poste à pourvoir » [Lyon-Caen, 1992, p. 58].

Certaines caractéristiques individuelles sont considérées *en principe* comme non pertinentes pour justifier la sélection d'une candidature ou son refus, leur lien avec les qualités exigées pour satisfaire au poste concerné étant éminemment *suspect*. L'interdiction de la *discrimination directe* et sa sanction juridique formule cette exigence<sup>2</sup>. Les critères prohibés de distinction sont légalement identifiés comme tels dans deux cas de figure. Ils peuvent être intimement liés à l'état immuable et donc « indisponible » de l'individu (le sexe, l'âge, l'origine ethnique, le handicap), état auquel il serait injuste de rattacher une (dé)faveur puisqu'il échappe à la volonté. Ces critères peuvent aussi résulter de l'exercice de droits et libertés fondamentaux (appartenance religieuse ou syndicale, orientation

2. Voir notamment l'article 225-1 du nouveau code pénal et l'article L. 122-45 du code du travail. Ainsi que les deux directives européennes 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 et 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000.

sexuelle), et par là même ils ne devraient pas avoir d'incidence sur les jugements de compétence, afin d'éviter que le candidat travailleur soit contraint de renoncer à ses droits ou au contraire incités, par exemple, à adhérer facticement à un syndicat pour en tirer le bénéfice escompté.

Les législations de lutte contre les discriminations dans l'emploi ne se prononcent toutefois pas *en amont* sur la délimitation de ce qui peut valoir comme compétence — sauf à juger *in abstracto* suspects certains critères — ni sur les procédures permettant de l'appréhender. Il est en effet traditionnellement admis qu'exerçant en cela sa liberté contractuelle, l'employeur est le seul juge de l'intérêt et de l'organisation de son entreprise.

Mais prétendre combattre la discrimination dans le travail en pariant sur la compatibilité de l'interdiction de discriminer avec le maintien d'une liberté contractuelle si étendue ne revient-il pas à présupposer que le marché expurgé des préjugés est en principe « autorégulateur » ? Les dispositifs juridiques peuvent-ils raisonnablement se limiter à contraindre les recruteurs à reconnaître le « mérite » de ceux que le marché récompenserait spontanément si son fonctionnement « pur » n'était pas entravé par ceux qui ont un « goût exprès » pour la discrimination [De Schutter, 2001] ?

Il se révèle utile de rappeler que le droit au libre choix de ses collaborateurs est originellement un « droit à finalité » : il est octroyé au chef d'entreprise en vue de poursuivre une finalité bien comprise, soit la performance de son entreprise dont il est considéré comme le meilleur garant. Une telle consécration de la liberté contractuelle traduit ainsi la prégnance de la croyance économique selon laquelle le marché permettrait seul une allocation optimale des emplois disponibles<sup>3</sup>, postulant que chaque partie est en mesure de conclure librement des contrats de travail en vue de « parfaire sa condition ». La faillite de ce « modèle juridique » face aux faits observables semble pourtant signer la démonstration d'une idéalisation totale : celle des circonstances réelles dans lesquelles se forment les relations de marché, perçues comme neutres, alors que celles-ci se nouent au cœur de rapports sociaux. Comme nous l'avons déjà énoncé, il apparaît caduque de défendre qu'en qualité d'agents économiques, la rationalité des employeurs aiguillée par le droit leur permettrait et les conduirait à dissocier l'appréciation « objective » des compétences (qualifications, expérience, etc.) des « croyances sociales » [Orléan, 2002] sur la productivité réelle des candidats à l'emploi.

Certes, la généralisation récente, par les directives européennes d'égalité de traitement, de l'interdiction de la *discrimination indirecte* permettra également de contester les habitudes d'embauche, d'apparence neutre, mais désavantageant en pratique des catégories protégées. Les critères et méthodes de recrutement de l'employeur, dont le pouvoir d'exclusion se révèle dans leurs applications systé-

3. L'affiliation de ce principe avec la théorie néoclassique est évidente, en ce que cette dernière a foi en un marché libre, permettant l'optimisation de la production et des échanges.

matiques, devront être amendés, sauf si ce dernier apporte la « justification objective et raisonnable » de leur nécessaire maintien.

Même s'il introduit une utile dynamique réflexive dans le chef de l'employeur, le droit continue toutefois de s'adosser à une représentation de l'employeur comme détenteur premier — bien que sous contrôle du juge — du pouvoir réglementaire au sein de l'entreprise. Or, le « localisme » croissant des compétences — soit leur absence d'« extériorité » [Jeannot et Veltz, 2001, p. 240] ou leur improbable généralisation n'annulera-t-il pas trop souvent la possibilité d'une évaluation « indépendante » du juge sur les litiges ? Ainsi, la jurisprudence américaine argumentant en faveur d'une relative « immunité » des recruteurs de travailleurs qualifiés abonde, au motif qu'à ce niveau l'évaluation du candidat est essentielle mais difficile, voir impossible, à établir. Poursuivis pour discrimination indirecte, les recruteurs emporteront donc aisément, par leurs justifications, la conviction des juges.

Mais une souveraineté trop importante octroyée aux détenteurs de pouvoirs locaux, en l'espèce les employeurs, engendre des inégalités résultant de jugements arbitraires : ceux-ci sont l'émanation inévitable d'acteurs autoréférentiels. Et l'addition de décisions *locales et situées* injustes peut générer une injustice *globale* qu'une théorie normative doit alors pouvoir questionner et invalider. Des repères normatifs renouvelés de justice globale s'avèrent à présent nécessaires afin de définir des principes de justice dont la validité s'étend au-delà des contextes particuliers et des individus. Certes, les principes dégagés doivent à leur tour être confrontés aux pratiques locales qui leur donneront véritablement corps. Les échelons local et global sont ainsi indissociables, lorsqu'il s'agit de rechercher la justice dans le travail. Complémentaires, il ne faut cesser de les articuler l'un avec l'autre.

#### PLURALISER LES ACTIONS POSITIVES :

##### UN REGARD À PARTIR DE LA THÉORIE DE LA JUSTICE DE SEN

Bien que davantage tournée vers les problématiques de la famine, de la pauvreté et du développement, la Théorie de la justice de Sen offre une approche utile pour la discrimination sur le marché du travail. Alors que la problématique de la discrimination dans l'emploi semble traversée par un insoluble (?) conflit entre les valeurs de liberté (de contracter) et d'égalité (de traitement), Sen nous rappelle que, plutôt que de tenter de hiérarchiser ces dernières, il faut s'attacher à définir substantiellement quel type d'égalité privilégier et comment y parvenir. La première question qu'il nous suggère est de taille : souhaitons-nous égaliser la possession du bien *nécessaire* qu'est le travail (le travail n'étant pas une simple activité économique parmi d'autres), ou « se limiter » à assurer à chacun l'égal accès à l'emploi ?

La consécration d'un *droit au travail* pour tous ne permet pas à ses bénéficiaires de pouvoir contraindre l'État à une « obligation de donner directe et immédiate ». Cette obligation échappe à l'évidence au droit pour appartenir à l'horizon politique du plein emploi. Aujourd'hui, le *droit au travail* se résume à l'égalité de liberté d'agir dans le marché du travail, ou encore à l'égalité *liberté de travailler* — soit la formulation positive du *droit de ne pas être discriminé*. Mais si la *liberté de travailler* est formellement consacrée pour tous par les normes anti-discriminatoires, elle demeure — nous l'avons vu — inégalement accomplie.

#### *Égale liberté de travailler, égalité des chances et actions positives*

Comment égaliser entre les individus une *liberté réelle de travailler* ? Il est unanimement admis que les conditions nécessaires à son exercice imposent, en plus du droit à l'*égalité de traitement* des candidats travailleurs, la garantie d'une pleine *égalité des chances*, matérialisée notamment à travers le droit de bénéficier d'une formation initiale et continue. Car attribuer le bien rare qu'est le travail en fonction des aptitudes n'est juste que si leur acquisition est également accessible à tous : il faut donc notamment garantir au bénéfice des membres des groupes les plus vulnérables une égalité de départ face à l'accession à une fonction. Ce qui peut nécessiter l'adoption d'actions positives, définies comme « un ensemble cohérent de mesures, de caractère temporaire, visant spécifiquement à améliorer la situation des membres d'un groupe cible dans la société à un ou plusieurs égards, afin d'assurer leur égalité effective avec d'autres groupes » [Bossuyt, 2002, p. 3].

Cette portée de l'action positive peut être rapprochée de l'optique défendue par Rawls à travers sa théorie de la justice. Selon l'ordre lexicographique qu'il soutient, Rawls soumet le principe de différence au principe d'égalité de liberté — soit l'égalité d'accès à des libertés de base — mais aussi au principe d'égalité équitable des chances. En ce sens, il convient d'offrir à tous les individus de talents identiques les mêmes chances d'accès aux positions sociales qu'ils souhaiteraient atteindre. Si l'on suit les recommandations de l'auteur [Rawls, 1971, p. 375-384], les interventions équitables doivent toutefois principalement intervenir *ex ante* sous la forme d'avantages universels et inconditionnels. À l'inverse, les politiques qui tentent de corriger *ex post* de telles inégalités, comme le font les politiques d'actions positives, ou plus généralement les politiques de l'État-providence, sont peu souhaitables notamment parce qu'elles supposent un ciblage, toujours délicat, envers les individus les plus démunis [Van Parijs, 1997, p. 468]. Selon Van Parijs encore, « la deuxième partie du second principe [de la théorie de la justice de Rawls] exige une égalité réelle... Mais même à condition qu'elle puisse être parfaitement réalisée, il ne s'agit encore là que d'une égalité à capacité donnée et talents (innés) donnés c'est-à-dire d'une égalité qui laisse (inévitablement ?) subsister d'énormes inégalités de chances » [Van Parijs, 1984, p. 29]. La théorie de Rawls apparaît ici déjà comme insatisfaisante [Ghirardello, 2003].

Rawls avait certes prévu qu'à la reconnaissance de droits, il fallait adjoindre les moyens utiles pour les convertir en libertés réelles, en égalisant les *biens premiers* au bénéfice des individus. Mais la critique principale formulée par Sen à son encontre repose sur la confusion opérée par Rawls entre les moyens de la liberté et l'usage réel contextué de cette dernière. Selon Sen, garantir l'accès aux biens premiers ne suffit pas pour octroyer à chacun la liberté réelle de choisir sa vie. Transposé à la « liberté de travailler », cela signifierait qu'assurer une égalité de compétences *ex ante* ne permet pas de conférer à cette liberté sa pleine réalité. « L'absence d'exploitation, ou l'absence de discrimination, nécessite le recours à des informations qui ne sont pleinement exprimées ni par l'utilité, ni par les biens premiers » [Sen, 1993, p. 209] : ce qui importe, défend Sen, c'est d'égaliser les *capabilités*. Mais comment l'approche fondée sur les *capabilités* peut-elle nous orienter quant à la manière de garantir et d'égaliser une liberté réelle de travailler ?

*Égalisation des capabilités, liberté réelle de travailler  
et nécessité de pluraliser les actions positives*

Dans la lignée de Rawls, Sen estime que la liberté doit demeurer une finalité essentielle d'une théorie de la justice. Mais il se distancie de la perspective libérale par l'idée suivante : les potentialités humaines ne peuvent émerger et s'épanouir que moyennant la réunion de conditions qui dépassent largement l'octroi d'une liberté procédurale. Il expose ainsi sa préoccupation majeure pour la *mise en pratique* des droits. Ce qui importe devient la relation établie par les personnes entre les ressources dont elles disposent et l'usage qu'elles vont en faire. Ou, en d'autres termes, la possibilité de *conversion* des libertés formelles en libertés réelles : « Les exigences des individus sont évaluées non pas en fonction des ressources ou des biens premiers dont ils disposent, mais d'après la liberté qu'ils ont réellement de choisir parmi différents modes de vie auxquels ils peuvent avoir des raisons d'accorder de la valeur. C'est cette liberté réelle qu'on désigne par la *capabilité* de la personne d'accomplir différentes combinaisons de modes de fonctionnement, ou de façons d'agir et d'être » [Sen, 1993, p. 218].

Sen déclare ne pas vouloir se limiter à poursuivre une égale liberté abstraite de choix, mais à tendre vers une égale liberté réelle dans la réalisation de ces choix. En cherchant à égaliser les *capabilités*, il veut veiller à ce que l'individu puisse jouir d'un espace d'alternatives réelles dans la conduite de son existence. Le *fonctionnement* sera le fruit, la manifestation de l'accomplissement de la liberté : il n'est donc qu'un signe de l'égalité, mais non la preuve de son « avènement ». Une valeur propre est accordée au processus par lequel le résultat ou le fonctionnement advient : il faut vérifier s'il a été authentiquement choisi par son bénéficiaire parmi un panel d'autres possibilités réelles.

En ce qu'ils conduisent notamment à s'interroger sur la nature des préférences exprimées par les acteurs, la portée de ces principes pour la recherche d'une

*liberté réelle de travailler* (soit pour la lutte active contre les discriminations) n'est pas négligeable. Sen estime en effet qu'assimiler « réalisation d'un choix » et « préférences » est réducteur : le choix posé ne révèle pas toujours les préférences réelles de son auteur, mais bien souvent que des *préférences adaptatives* dépendantes des conditions économiques et sociales. Par un processus de réduction de la dissonance cognitive, l'individu va aligner ses prétentions sur ce qu'il pense pouvoir raisonnablement obtenir : « Les groupes défavorisés peuvent être habitués à l'inégalité, ignorants des possibilités de changement social, sans espoir quant à l'amélioration des circonstances objectives de leur misère, résignés à leur destin, tout en étant disposés à accepter la légitimité de l'ordre établi » [Sen, 1993, p. 235]. Lorsque les inégalités sont profondément enracinées au point d'imprégner en substance les désirs des personnes, une « approche fondée sur les préférences ne peut que renforcer les inégalités » [Sen, 1993, 1999 ; Nussbaum, 1999]. Or, seule la mise en place d'actions positives au bénéfice des groupes vulnérables permettra d'enrayer ces mécanismes pour garantir à tous une « égale liberté de choisir un travail ». Il en irait ainsi d'actions positives qui accorderaient la priorité au recrutement des femmes dans un secteur d'emploi où elles sont sous-représentées (pour autant qu'elles bénéficient d'une qualification suffisante pour le poste convoité). Ces mesures pourraient les encourager à acquérir des compétences qu'elles avaient précédemment délaissées, et ensuite leur garantir la liberté réelle d'occuper certaines fonctions dont elles étaient traditionnellement écartées.

La question des différences entre les individus est au cœur de la théorie de la justice proposée par Sen ; il va autoriser une identification des catégories potentiellement bénéficiaires des dispositifs d'actions positives. Est ainsi centrale chez Sen la question de l'hétérogénéité des êtres humains qui se distinguent par des caractéristiques internes (sexe, âge, aptitudes générales, vulnérabilité aux maladies, etc.) et des circonstances externes (propriété de certains biens, l'origine sociale, héritage etc.). Elles seront à la source d'inégalités dans leurs capacités à convertir les libertés formelles en libertés réelles (*capabilités*) : « Par exemple, tant pour des raisons biologiques que sous l'effet de facteurs sociaux (notamment lorsqu'ils s'accompagnent d'une tradition persistante de sexisme — explicite ou implicite), les femmes peuvent souffrir de désavantages spéciaux pour convertir leur revenu en fonctionnements particuliers. Pour citer toute une série de cas de types différents, ces désavantages peuvent concerner la *capabilité* [...] d'avoir un travail valorisant (à cause du stéréotype des 'emplois féminins'), d'assurer sa réputation professionnelle tôt dans sa carrière (sous l'effet des exigences asymétriques de la vie familiale) » [Sen, 1999, p. 163]. Il ajoute que « dans la mesure, par exemple, où le sexe et l'âge sont à l'origine d'inégalité de *capabilités*, on peut réagir par des mesures publiques apportant une aide particulière au sexe et aux classes d'âge défavorisées » [Sen, 1999, p. 202].

Certes aucune indication concrète n'est formulée quant au type d'action positive qu'il serait nécessaire d'introduire dans le marché du travail pour égaliser les



capabilités des candidats à l'emploi<sup>4</sup>. La lecture de Sen nous conduit néanmoins à soutenir, comme horizon régulateur, que les actions positives adoptées devraient garantir à tous une opportunité réelle et égale de développer ses aptitudes : en prenant en considération les singularités individuelles et les contextes particuliers d'action qui peuvent constituer autant d'obstacles à cette finalité. L'employeur devrait alors vérifier si, en modifiant l'organisation du travail ou en fournissant une formation adéquate, il n'aurait pas pu mieux apprécier, voire améliorer la compétence potentielle des personnes évincées.

### CONCLUSION

Le droit peine(ra) à éliminer efficacement les pratiques discriminatoires, notamment parce que celles-ci s'appuient sur des pratiques de type conventionnel. Dès lors, il convient également de développer l'outil politique en pluralisant les dispositifs d'action positive, d'emblée justifié par un objectif de justice tel qu'il découle des enseignements de Sen. Son champ d'application est néanmoins limité. Par le biais de l'action positive, seuls les critères discriminatoires directement « objectivables » et visibles (sexe, handicap, origine ethnique, etc.) peuvent être pris en compte, sans possibilité de généraliser une telle méthode à l'ensemble des variables potentiellement discriminantes (apparence physique, orientation sexuelle, appartenance religieuse ou politique, etc.). C'est pourquoi, parallèlement, il convient d'inciter, par d'autres biais, les agents économiques à s'interroger sur leurs propres pratiques d'évaluation dès lors que ces dernières excluent injustement.

Cette recommandation est conforme aux enseignements de l'EC tendant à considérer que la compétence attribuée aux individus dépend du jugement à son égard. Elle rejoint une fois encore la conception de Sen selon laquelle l'évaluation « objective » du mérite n'existe pas : « Certaines personnes sont considérées comme plus méritantes que d'autres et peuvent en effet être nées plus talentueuses. Toutefois, si l'on suit certaines interprétations de la personnification, les talents innés sont considérés non seulement comme étant des évidences variables d'une personne à l'autre, mais aussi comme étant distribués en fonction d'autres caractéristiques visibles telles que la couleur de la peau ou la taille du nez » [2000a, p. 12-13].

Dérogeant au principe suivant lequel l'employeur définit seul les méthodes de recrutement et les critères de compétence qu'il juge appropriés, il s'agirait d'imposer qu'une partie au moins des recrutements obéisse à des logiques « déviantes » de la logique dominante dans l'entreprise, et s'effectuent selon des

4. Les directives européennes se limitent, pour leur part, à déclarer *admissibles* (mais non obligatoires) les actions positives en faveur de certaines catégories de personnes définies par une caractéristique suspecte « afin de garantir la pleine égalité dans la vie professionnelle ».

pratiques d'embauche non familièrement pratiquées par l'employeur. À l'instar de la logique de l'action positive en faveur de certains groupes traditionnellement défavorisés, il conviendrait, en imposant un pluralisme des voies d'accès au travail, d'obliger le recruteur à réviser ses conceptions de la compétence qu'il recherche [De Schutter et van der Plancke, 2002]. Il serait, en effet, réaliste de soutenir que l'introduction de procédures renouvelées, d'évaluation et de recrutement, créera des coordinations inédites entre employeurs et travailleurs, susceptibles de conduire les premiers à revisiter les pratiques auxquelles ils recourraient d'ordinaire. Les conventions traditionnellement privilégiées seront questionnées à travers une pluralité de conventions concurrentes. Ce renouvellement devrait permettre de briser les effets systémiques des représentations collectives qui conduisent à une marginalisation des catégories d'individus stigmatisées.

### RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- ARNSPERGER C. et VAN PARIJS P. (2000), *Éthique économique et sociale*, La Découverte, Paris.
- ARROW K. (1973), « The theory of discrimination », in ASHENFELTER O. et REES A. (dir.), *Labor Economics IV*, Princeton University Press, Princeton, p. 3-33.
- BATIFOULIER P. et THÉVENON O. (2001), « Interprétation et fondement conventionnel des règles », in BATIFOULIER P. (dir.), *Théorie des conventions*, Economica, Paris, p. 219-252.
- BECKER G. S. (1957), *The Economics of Discrimination*, Chicago University Press, Chicago.
- BELLERA R., FONTANIE M., MANIER E. et TABARLY P. (2003), « Représentations et difficultés de recrutement », *Rapport dans le cadre du projet « Equal »*, 122 p.
- BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È. (1999), *Le Nouvel Esprit du capitalisme*, Gallimard, coll. « NRF essais », Paris.
- BOLTANSKI L. et THÉVENOT L. (1991), *De la justification. Les économies de la grandeur*, Gallimard, Paris.
- BOSSUYT M. (2002), *Prévention de la discrimination. La notion d'action positive et son application pratique*, rapport final présenté en application de la résolution 1998/5 de la sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/2002/21), Commission des droits de l'homme, 17 juin.
- BOURMMANI M. (2001), *Les Discriminations à l'emploi, l'insertion professionnelle des jeunes issus de l'immigration*, L'Harmattan, Paris.
- CALVES G. (2003), « La discrimination positive entre rhétorique et réalité », *Affirmative Action*, Bruylant, Bruxelles, p. 93 et suiv.
- DE SCHUTTER O. (2001), *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, PIE Peter Lang, coll. « Travail et société », n° 28, Bruxelles.
- DE SCHUTTER O. et VAN DER PLANCKE, V. (2002), « Discrimination et pluralité des modèles d'entreprise », document de travail, Bruxelles.
- DOERINGER P. et PORE M. (1971), « Racial discrimination in internal labor markets », *Internal Labor Markets and Manpower Analysis*, Heath Lexington Books, Lexington (Mass.), p. 133-162.
- EYMARD-DUVERNAY F. (2001), « Principe de justice, chômage et exclusion : approfondissements théoriques », in BESSY C. et al. (dir.), *Des marchés du travail équitables*.



- Approche comparative France/Royaume-Uni*, PIE Peter Lang, Bruxelles, p. 271-299.
- EYMARD-DUVERNAY F. et MARCHAL E. (1997), *Façons de recruter. Le jugement des compétences sur le marché du travail*, Métailié, Paris.
- FAVEREAU O. (1986), « La formalisation du rôle des conventions dans l'allocation des ressources », in SALAIS R. et THÉVENOT L. (dir.), *Le Travail : marchés, règles, conventions*, Economica, Paris, p. 249-268.
- (1999), « Salaire, emploi et économie des conventions », *Cahiers d'économie politique*, « Qu'a-t-on appris sur la relation salaire-emploi depuis Keynes ? », n° 34, printemps, p. 163-194.
- GHIRARDELLO A. (2003), « La discrimination sur le marché du travail : du problème de coordination à l'égalité dans l'emploi », thèse, université Paris-X-Nanterre.
- JEANNOT G. et VELTZ P. (2001), *Le Travail, l'entreprise et la cité*, L'Aube, Cerisy-la-Salle.
- LEWIS D. K. (1969), *Convention : A Philosophical Study*, Cambridge University Press, Cambridge.
- LYON-CAEN G. (1992), *Les Libertés publiques et l'emploi : rapport pour le ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle*, La Documentation française, Paris.
- MANNONI P. (2003), *Les Représentations sociales*, PUF, coll. « Que sais-je ? », Paris.
- MERCHERS J. (2000), « A-t-on besoin de compétence pour travailler ? », *Travailler*, n° 4, p. 43-71.
- NUSSBAUM M. (1999), « Femmes et égalité : l'approche fondée sur les capacités », *Revue internationale du travail*, 138 (3), p. 247-267.
- ORLÉAN A. (2002), « Le tournant cognitif en économie », *Revue d'économie politique*, 112 (5), septembre-octobre, p. 717-738.
- PHELPS E. (1973), « The statistical theory of racism and sexism », *American Economic Review*, n° 62, p. 659-661.
- RAWLS J. (1971), *Théorie de la justice*, Seuil, Paris.
- SALAI R. (1998), « À la recherche du fondement conventionnel des institutions », in SALAIS R., CHATEL E. et RIVAUD-DANSET D. (dir.), *Institutions et conventions, Raisons pratiques*, Éditions de l'EHESS, Paris, p. 255-291.
- SEN A. (1993), *Éthique et économie*, PUF, coll. « Philosophie morale », Paris.
- (1999), *Repenser l'inégalité*, Seuil, Paris.
- (2000a), « Merit and justice », in ARROW A., BOWLES S. et DURLAUF R., *Meritocracy and Economic Inequality*, Princeton University Press, Princeton, p. 5-16.
- VAN PARIJS P. (1984), « La double originalité de Rawls », in LADRIÈRE J. et VAN PARIJS P. (dir.), *Fondements d'une théorie de la justice*, Peeters, Vrin, Louvain-la-Neuve, Paris, p. 1-34.
- (1997), « Quand les inégalités sont-elles justes ? », *Sur le principe d'égalité. Rapport public 1996, Études et documents*, n°48, La Documentation française, Paris, p. 465-476.

## Bases d'information et conventions d'évaluation dans l'approche par les capacités de Sen

Nicolas Farvaque

L'action publique repose, si l'on suit le programme institutionnaliste de l'économie des conventions (EC), sur des attributions de qualités à des personnes participant à un même processus ou pris dans une même situation. Pour l'EC, l'État existe non pas comme une entité abstraite, mais par sa présence dans les attentes des participants à l'action publique. L'action publique prend son sens et devient effective en fonction d'un cadre conventionnel [Salais et Storper, 1993].

La recherche d'une représentation pluraliste de l'acte économique et de l'activité de travail est au cœur même du programme conventionnaliste. Un des intérêts de ces recherches est de prendre en compte la construction de l'information et du jugement sur les personnes, tout au long de la chaîne de production de catégories cognitives [Salais *et al.*, 1986 ; Desrosières et Thévenot, 1988]. Ce programme a montré la prévalence des jugements, leur signification comme autant d'actions, et leurs incidences sur le fonctionnement du marché du travail [Eymard-Duvernay et Marchal, 1996]. La prise en compte des formes de jugement et des modes d'évaluation s'impose donc comme objet d'étude et comme critique du modèle standard.

On s'intéressera dans cette contribution au cas des dispositifs d'action publique. Tout au long du processus de mise en œuvre et d'action concrète de ce dispositif, la façon dont les acteurs publics évaluent les situations des personnes est centrale, et est ce qui donne son effectivité à l'action publique. Cette problématique de l'évaluation juste est au cœur des travaux d'Amartya Sen, entre économie du bien-être et philosophie économique. Sen met l'accent sur les conventions d'évaluation, ou, selon ses termes, sur les « bases d'information de jugement en